

ОДЕСЬКА НАЦІОНАЛЬНА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ

Гончаренко Владислава Олександрівна

УДК 347.440.62 (477)

**ДОГОВІР ПОЗИЧКИ ЗА РИМСЬКИМ ПРИВАТНИМ ПРАВОМ ТА
ЙОГО РЕЦЕПЦІЯ У СУЧАСНОМУ ЦИВІЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ
УКРАЇНИ**

Спеціальність 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес;
сімейне право; міжнародне приватне право

АВТОРЕФЕРАТ
дисертації на здобуття наукового ступеня
кандидата юридичних наук

Одеса – 2005

Дисертацією є рукопис.

Робота виконана на кафедрі цивільного права Одеської національної юридичної академії Міністерства освіти і науки України.

Науковий керівник доктор юридичних наук, професор, заслужений діяч науки і техніки України
ХАРИТОНОВ Євген Олегович,
Одеська національна юридична академія,
завідувач кафедри цивільного права

Офіційні опоненти:

доктор юридичних наук, професор, академік Академії правових наук України
ЛУЦЬ Володимир Васильович,
Академія муніципального управління,
завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін

кандидат юридичних наук, доцент
СТЕФАНЧУК Руслан Олексійович,
Хмельницький університет управління та права,
проректор з наукової роботи

Провідна установа Інститут держави і права імені В.М. Корецького
НАН України,
відділ з проблем цивільного,
трудового і підприємницького права, м. Київ

Захист відбудеться "___" _____ 2006 р. о ___ годині на засіданні спеціалізованої вченої ради Д 41.086.03 Одеської національної юридичної академії за адресою: 65009, м. Одеса, Фонтанська дорога, 23.

З дисертацією можна ознайомитись у бібліотеці Одеської національної юридичної академії за адресою: 65009, м. Одеса, вул. Піонерська, 2.

Автореферат розісланий "___" _____ 2006 р.

Учений секретар
спеціалізованої вченої ради

Музиченко П.П.

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА РОБОТИ

Актуальність теми. Зміни соціального, політичного та економічного характеру, що відбуваються зараз на Україні, зумовили істотне піднесення ролі цивільно-правового договору як одного з найефективніших правових засобів опосередкування майнових відносин. В процесі сучасної кодифікації цивільного законодавства України використовувалися не лише досягнення вітчизняної цивілістики, але і здобутки римського приватного права. Більшість сучасних договорів, закріплених у Цивільному кодексі України (далі – ЦК України), сформувалися та широко використовувалися ще у римському приватному праві. Тому, дослідження окремих видів договорів доцільно здійснювати у порівнянні з відповідними договірними конструкціями римського приватного права.

Внаслідок реформування системи зобов'язального права України з'явилися нові види договорів (консигнація, факторинг, франчайзинг тощо) та відбулося переосмислення змісту давно відомих цивільному праву договірних конструкцій. Останнім часом проблемні питання договорів аналізувалися у численних монографічних працях, підручниках, посібниках, на рівні дисертаційних досліджень, присвячених окремим видам договірних зобов'язань. Однак, особливості регулювання договору позички за цивільним законодавством України залишилися поза увагою дослідників.

Договір позички (*commodatum*) сформувався за доби класичного римського приватного права. Проте в романістичній літературі аналізові характерних рис договору позички та визначенню характеру рецепції положень римського приватного права щодо цього договору більш пізніми системами законодавства, зокрема цивільним законодавством України, спеціальної уваги не приділяється.

Позичка набула значного поширення у побутових відносинах. Договори позички укладаються як щодо незначних за вартістю предметів, так і щодо таких об'єктів цивільних прав, як земельні ділянки, житлові приміщення, автомобілі та ін. Крім того, позичка набуває все більше значення у відносинах у галузі культури та, навіть, підприємницької діяльності (користування книгами з фондів бібліотек, передача речей для експонування на виставках, у музеях тощо, передача товарів у безоплатне користування з метою реклами).

Відсутність у цивілістичній науці спеціальних досліджень договору позички та практична значимість його у повсякденних відносинах у суспільстві зумовлюють теоретичну та практичну важливість аналізу правового регулювання договору позички за римським приватним правом з метою встановлення характеру рецепції положень про цей договір сучасним цивільним законодавством України та внесення пропозицій щодо вдосконалення норм глави 60 ЦК України.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами. Дисертаційне дослідження здійснювалося в межах науково-дослідної програми кафедри цивільного права Одеської національної юридичної академії на 2001 – 2005 роки "Традиція приватного права в Україні", яка є складовою комплексної цільової програми науково-дослідної роботи Одеської національної юридичної академії "Правові проблеми становлення і розвитку сучасної правової держави" на 2001 – 2005 роки (державний реєстраційний номер 0101U001195).

Мета і задачі дослідження. Метою дисертаційного дослідження є з'ясування поняття, змісту і характерних ознак договору позички (*commodatum*) за римським приватним правом та цивільним законодавством України, визначення характеру та ступеню рецепції римсько-правових ідей, підходів та рішень щодо цього договору у цивільному законодавстві України, а також формулювання пропозицій щодо удосконалення правового регулювання договору позички за чинним ЦК України.

Для досягнення зазначеної мети в дисертації ставляться та вирішуються такі основні задачі:

- дослідити становлення та особливості системи договорів за римським приватним правом;
- проаналізувати формування, зміст та характерні риси договору позички (*commodatum*) за римським приватним правом;
- визначити особливості рецепції положень римського приватного права щодо договору позички західноєвропейськими системами приватного права;
- охарактеризувати регулювання відносин з безоплатної передачі речей у користування за договором позички у сучасному цивільному законодавстві України та визначити характер (тип, вид, форму) рецепції у ньому положень римського приватного права щодо договору позички;
- здійснити відмежування договору позички та суміжних із ним договорів, які регулюються ЦК України;
- розробити конкретні пропозиції та рекомендації щодо удосконалення правового регулювання договору позички за ЦК України.

Об'єктом дослідження є суспільні відносини, що виникають при укладанні та виконанні договору позички за римським приватним правом та сучасним цивільним законодавством України.

Предметом дослідження є теоретичні та практичні питання правового регулювання договору позички за римським приватним правом та сучасним цивільним законодавством України.

Методи дослідження. Методологічною основою дослідження договору позички за римським правом та впливу відповідних римсько-правових рішень на регулювання цього договору в сучасному цивільному законодавстві України було обрано загальнонауковий діалектичний метод вивчення правових явищ у сукупності з окремими науковими методами історико-правового, догматичного, системно-структурного та порівняльно-правового аналізу. Зокрема, використання діалектичного методу дозволило на підставі виокремлення загального та особливого, розкриття єдності та протилежності процесу розвитку права скласти цілісну систему уявлень про явище рецепції римсько-правового договору позички сучасним цивільним законодавством України. Історичний метод було використано для з'ясування умов формування договору позички у загальному контексті розвитку римського приватного права та українського цивільного права. За допомогою догматичного методу досліджувалися правові норми, які регулюють договір позички за римським приватним правом, законодавствами західноєвропейських країн та цивільним законодавством України. Системно-структурний метод використовувався для з'ясування змісту договору позички та його місця в системі договорів цивільного законодавства України. Порівняльний метод дозволив

співставити правові норми про договір позички за українським цивільним законодавством на різних етапах його розвитку з відповідними нормами римського приватного права.

Теоретичною основою дослідження є праці вітчизняних та зарубіжних фахівців у галузі римського приватного права, цивільного права, загальної теорії права тощо. Серед них, передусім, треба назвати праці правознавців України та Росії: Д.І. Азаревича, С.С. Алексєєва, М.Й. Бару, М.І. Брагінського, В.В. Вітрянського, О.В. Дзери, А.С. Довгерта, Д.В. Дождева, Г.Ф. Дормидонтова, О.С. Йоффе, Н.С. Кузнецової, В.В. Луця, Д.І. Мейєра, І.Б. Новицького, О.А. Підпригори, І.О. Покровського, Ю.В. Романця, В.О. Рясенцева, Н.О. Саніахметової, Є.О. Харитонова, О.І. Харитонової, Я.М. Шевченко та ін., а також зарубіжних романістів: Ю. Барона, Б. Віндшейда, Д. Грімма, Г. Дернбурга, М. Поленак-Акимовської, І. Пухан, Дж. Франчозі, Ч. Санфіліппо та ін.

Емпіричним підґрунтям дослідження є першоджерела римського приватного права, сучасне цивільне законодавство та судова практика України з питань, що досліджуються.

Наукова новизна одержаних результатів полягає у тому, що вперше в науці цивільного права України здійснено комплексне дослідження проблем рецепції договору позички за римським приватним правом у сучасному цивільному законодавстві України.

У дисертації сформульовано такі науково-теоретичні висновки та практичні рекомендації, що мають наукову новизну:

1. Вперше зроблено висновок про те, що відносини з безоплатного тимчасового користування чужою річчю у римському приватному праві опосередковувалися двома видами договорів: спочатку виник прекарій (*precarium*), який наприкінці республіканського періоду (приблизно I ст. до н.е.) майже повністю втратив своє значення у зв'язку з появою реального контракту позички (*commodatum*).

2. Вперше визначено, що римське приватне право істотно вплинуло на правове регулювання договору позички у законодавствах західноєвропейських країн. Пряма рецепція положень римського приватного права щодо договору позички (*commodatum*) мала місце у кодифікаціях цивільного права таких країн, як Франція, Німеччина, з привнесенням нових характерних рис цього договору, обумовлених особливостями романської та германської родин права. У праві Англії були сприйняті лише концепція та деякі характерні риси договору позички (*commodatum*) за римським правом: ознака безоплатності позички, правила про розподіл витрат на утримання речі між позичкоотримувачем та позичкодавцем, підстави розірвання цього договору.

3. Вперше обґрунтовано висновок про те, що у сучасному цивільному законодавстві України рецепція римсько-правових рішень щодо договору позички (*commodatum*) відбувалася як безпосередньо, так і опосередковано – через законодавства таких західноєвропейських країн, як Франція та Німеччина.

4. Вперше сформульовано тезу про необхідність удосконалення термінології, яка стосується договору позички за цивільним законодавством України. Так, пропонується застосовувати на позначення сторін договору позички такі їх назви, як

"позичкодавець" (особа, яка передає чи зобов'язується передати річ) та "позичкоотримувач" (особа, яка отримує річ у користування). Вноситься також пропозиція замість терміна "відплатний", яке використовується у ч. 5 ст. 626 ЦК України та в деяких інших нормах ЦК України, застосовувати термін "оплатний".

5. Вперше обґрунтовано, що відсутність у ЦК України визначень понять "оплатний договір" та "безоплатний договір" не дозволяє правильно кваліфікувати договірні відносини як оплатні чи безоплатні, та запропоновані їхні визначення.

6. Вперше пропонується удосконалене визначення договору позички: *"За договором позички одна сторона (позичкодавець) передає іншій стороні (позичкоотримувачеві) річ у безоплатне тимчасове користування, а остання зобов'язується повернути ту ж саму річ у стані, в якому вона її отримала, з урахуванням нормального зношення чи у стані, указаному в договорі"*. Наведене визначення договору позички передбачає, що цей договір є реальним, його сторонами є позичкодавець та позичкоотримувач, а також містить вказівку на стан речі, в якому вона підлягає поверненню позичкодавцеві.

7. Вперше визначено, що консенсуальний договір позички має вважатися укладеним з моменту погодження сторонами істотної умови про предмет цього договору.

8. Вперше внесено пропозицію щодо необхідності встановлення заборони притримання речі, переданої у позичку, оскільки використання примусових засобів забезпечення виконання зобов'язань до відносин між сторонами цього договору суперечить його безоплатному та фідуціарному (довірчому) характерові.

9. Вперше обґрунтовано висновок про те, що обов'язкову письмову форму договору позички доцільно використовувати лише у разі передачі у безоплатне користування нерухомих речей, а також транспортних засобів (за умови, що хоча б однією стороною договору є фізична особа).

10. Вперше запропоновано покладати ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження речі на позичкоотримувача не лише у разі затримання ним повернення речі позичкодавцеві, але і коли він використовує її не відповідно до умов договору чи призначення, без дозволу позичкодавця передає у користування іншій особі, а також, якщо він при загальній небезпеці для речі, отриманої у позичку, та для власної речі, врятував свою річ, а отриману у позичку річ було знищено чи пошкоджено.

11. Додаткового обґрунтування дістала теза про те, що консенсуальна конструкція договору позички є можливою у теоретичному відношенні, однак у практичному – її використання не є доцільним. Це дало підставу внести пропозицію щодо закріплення договору позички в ЦК України виключно як реального договору.

Практичне значення одержаних результатів. Висновки та пропозиції, які містяться в дисертації, можуть бути використані: у сфері законотворчості – при вдосконаленні положень актів цивільного законодавства України щодо договору позички та низки положень договірного права; у науково-дослідницькій сфері – для подальших наукових розвідок у галузі римського приватного права та договірного права України; у навчально-методичній роботі – при підготовці навчальних підручників та посібників з цивільного права України та римського приватного

права.

Результати дисертаційного дослідження впроваджувалися у навчальний процес при проведенні практичних та семінарських занять в Одеській національній юридичній академії з курсів "Основи римського права", "Цивільне право України", "Порівняльне цивільне право".

Апробація результатів дисертації. Результати дисертаційного дослідження обговорювалися на кафедрі цивільного права Одеської національної юридичної академії, доповідалися на наукових конференціях: на I Міжнародній науково-методичній конференції "Сучасні проблеми адаптації цивільного законодавства до стандартів Європейського Союзу" (3 – 4 грудня 2004 р., м. Хмельницький); на Міжнародній науковій конференції в рамках II читань пам'яті В.М. Корецького "Формування правової системи в Україні на сучасному етапі" (21 – 22 квітня 2005 р., м. Дніпропетровськ); на 8-й Звітній науковій конференції професорсько-викладацького і аспірантського складу Одеської національної юридичної академії (22 – 23 квітня 2005 р., м. Одеса); на IV Всеукраїнській науково-практичній конференції "Верховенство права у процесі державотворення та захисту прав людини" (28 – 29 квітня 2005 р., м. Острог); на Всеукраїнській науковій конференції "Другі юридичні читання" (18 травня 2005 р., м. Київ); на Науково-практичній конференції "Проблеми правового та методичного забезпечення діяльності "юридичних клінік" України" (3 червня 2005 р., м. Дніпропетровськ).

Публікації. Основні теоретичні та практичні висновки, положення та пропозиції дисертаційного дослідження відображені у 4 статтях, опублікованих у збірниках, що входять до переліку наукових фахових видань, затвердженого ВАК України, у 3 тезах виступів на наукових конференціях, а також використані при підготовці навчального посібника "Цивільне право України (у питаннях та відповідях)".

Структура дисертації. Дисертація складається зі вступу, 3 розділів, які містять 9 підрозділів, висновків, додатку та списку використаних джерел (210 найменувань). Повний обсяг дисертації становить 200 сторінок, із них основного тексту – 179 сторінок.

ОСНОВНИЙ ЗМІСТ

У **Вступі** обґрунтовується актуальність теми дослідження та характеризується ступінь вивчення проблеми, формулюються мета і задачі, об'єкт і предмет дослідження, називаються використані методи дослідження, розкриваються наукова новизна одержаних результатів, їх наукове та практичне значення, наводяться відомості про апробацію та впровадження одержаних результатів.

Перший розділ "Огляд літератури за темою дисертації. Вибір методології та напрямків дослідження" присвячений постановці проблеми, огляду літератури з проблематики дослідження, висвітленню методологічних засад, а також вибору напрямків дослідження.

У **підрозділі 1.1. "Огляд літератури за темою дисертації"** здійснюється аналіз літератури за трьома напрямками: 1) джерела, в яких визначається поняття, наводиться характеристика форм, видів та типів рецепції римського приватного

права у цивільному законодавстві України; 2) джерела, які висвітлюють правове регулювання договору позики у римському приватному праві; 3) праці, присвячені дослідженню договору позики у цивільному законодавстві України та законодавствах зарубіжних країн.

Аналіз вітчизняної та зарубіжної літератури за темою дослідження дав підстави для висновку, що проблема рецепції римського договору позики у сучасному цивільному законодавстві України до цього часу не була об'єктом окремої уваги науковців. У романистичній та цивілістичній літературі, як вітчизняній, так і зарубіжній, характерні риси договору позики аналізувалися тільки у контексті загального розгляду системи договорів.

У *підрозділі 1.2. "Вибір методології та напрямків дослідження"* визначається концептуальний підхід до вивчення явища рецепції римського приватного права, розкриваються наукові методи дослідження договору позики за римським правом та сучасним цивільним законодавством України, обираються напрямки дослідження.

Обґрунтовується доцільність використання цивілізаційного підходу при розгляді проблем рецепції римського приватного права у сучасному цивільному законодавстві України. Сутність "цивілізаційного підходу" полягає у тому, що історія людства розглядається як ланцюг цивілізацій (локальних і світових), які є вираженням культурно-історичних, етичних, релігійних, економіко-географічних особливостей окремої країни, групи країн, етносів, що пов'язані спільною долею.

У процесі сучасного реформування зобов'язального права України мала місце як пряма, так і опосередкована рецепція римського приватного права. Сприйняття ідей та рішень римського приватного права щодо зобов'язальних, у тому числі, договірних відносин, відбувалося переважно через цивільне законодавство західноєвропейських країн. Тому головними напрямками дослідження були обрані питання аналізу особливостей регулювання договору позики за римським приватним правом, з'ясування концепції та характерних ознак цього договору за законодавствами західноєвропейських країн, вивчення проблем рецепції норм римського приватного права щодо договору позики у сучасному цивільному законодавстві України.

У *другому розділі "Договір позики за римським приватним правом"* досліджуються історичний розвиток та особливості системи договорів римського приватного права, висвітлюється процес формування договору позики як реального контракту, наводиться його поняття, аналізуються характерні риси та зміст цього договору, з'ясовується вплив римського права на регулювання договору позики у таких західноєвропейських країнах, як Франція, Німеччина, Англія.

У *підрозділі 2.1. "Загальна характеристика системи договорів римського приватного права"* аналізуються особливості формування системи договорів римського права та надається характеристика їх видів.

Обґрунтовується, що поділ суб'єктивних цивільних прав на речові та зобов'язальні був характерним для римського права ще за доби законів XII таблиць. Досліджується історичний розвиток поняття "зобов'язання" (obligatio) у процесі формування римського права та розглядається головний поділ зобов'язань за ознакою підстав їх виникнення, який полягає у протиставленні зобов'язань з

договору (ex contractu) зобов'язанням з правопорушень (ex delicto).

На підставі аналізу загальної еволюції зобов'язальних форм та становлення системи неформальних договорів римського права зроблено висновок про те, що система контрактів як джерел зобов'язань остаточно сформувалася у період пізньої Республіки та Принципату. Характеризується класифікація зобов'язань ex contractu (з контракту), якій відповідає поділ контрактів на реальні (res – річ), вербальні (verba – слово), літеральні (litterae – письмо) та консенсуальні (consensus – згода).

У **підрозділі 2.2. "Формування договору позички (commodatum), його поняття та характерні риси за римським приватним правом"** аналізується становлення позички як реального договору, забезпеченого позовним захистом, та досліджуються характерні риси цього договору.

Зазначається, що відносини з безоплатного тимчасового користування чужою річчю (utendum dare) в римському праві оформлювалися за допомогою договорів прекарію (precarium) та позички (commodatum). Розкриваються причини поступового витіснення прекарію договором позички, а також зазначаються причини, з яких повної асиміляції цих договорів не відбулося.

Сутність договору позички (commodatum) за римським правом полягала у тому, що одна сторона (комодант) передавала іншій стороні (комодатарію) право користуватися річчю безоплатно. Предметом договору позички (commodatum) могли бути лише індивідуально-визначені (конкретна будівля, ділянка землі, знаряддя праці і т.ін.), неспоживні та незамінні речі (рухомі чи нерухомі). Майнові права до предмета договору позички не належали.

Здійснюється також розмежування договору позички від позики (mutuum) та найму (locatio-conduction rerum), які за римським приватним правом мали найбільшу подібність до досліджуваного договору.

Підрозділ 2.3. "Рецепція римського договору позички у законодавстві західноєвропейських країн" присвячений дослідженню особливостей сприйняття норм римського права щодо договору позички цивільними законодавствами західноєвропейських країн (Франції, Німеччини та Англії).

Зокрема, у цьому підрозділі зазначається, що відхід від традиційної для римського права самостійної правової конструкції договору позички найбільшою мірою є характерним для Французького цивільного кодексу, тоді як за Німецьким цивільним кодексом та у праві Англії цей договір регулюється окремо від суміжних із ним договорів. Разом із тим, у цивільних законодавствах Франції та Німеччини були рециповані усі характерні ознаки договору позички за римським приватним правом, тоді як правом Англії були сприйняті лише концепція та деякі характерні риси цього договору (безоплатність позички; правило про покладення звичайних витрат на утримання речі на позичкоотримувача, а надзвичайних – на позичкодавця; підстави розірвання цього договору).

Третій розділ "Договір позички у сучасному цивільному законодавстві України" присвячений з'ясуванню правової природи та змісту договору позички у сучасному цивільному законодавстві України.

У **підрозділі 3.1. "Поняття та ознаки договору позички"** розглядаються питання розвитку правового регулювання договору позички у контексті становлення вітчизняного цивільного законодавства, визначається його поняття,

характеризуються юридичні ознаки договору позички, встановлюється його місце у системі договірних зобов'язань чинного ЦК України.

Аналізується визначення договору позички, яке міститься у ч. 1 ст. 827 ЦК України. Перевагами цього визначення є чітке зазначення у ньому про предмет договору позички, який можуть складати лише речі, а не майно взагалі, як це передбачалося у ч. 1 ст. 324 ЦК УРСР 1963 р. Однак, визначення договору позички за ЦК України має також певні недоліки: 1) у ньому відсутня вказівка на стан речі, в якому вона підлягає поверненню; 2) назва "користувач", що вживається на позначення сторони, яка отримує річ у позичку, не сприяє індивідуалізації сторін цього договору. З огляду на це, пропонується у визначення договору позички увести вказівку на те, що річ підлягає поверненню позичкодавцеві у стані, в якому особа її отримала, з урахуванням нормального зношення чи у стані, указаному в договорі, та застосовувати на позначення сторін договору позички такі їх назви, як "позичкодавець" (особа, яка передає чи зобов'язується передати річ) та "позичкоотримувач" (особа, яка отримує річ у користування).

Окрему увагу приділено дослідженню безоплатності як формуючої ознаки договору позички. Доводиться, що оплатність та безоплатність не покладаються в основу побудови системи договорів цивільного законодавства, а є вторинними, порівняно із спрямованістю зобов'язання, ознаками побудови договірних конструкцій.

Розкривається зміст понять "оплатний договір", "безоплатний договір", "еквівалентний договір", а також встановлюється роль інтересу сторін при укладанні договору для з'ясування його характеру – платного чи безоплатного. Зокрема, зазначається, що за договором позички певний інтерес до укладання договору може бути як у позичкоотримувача, так і у позичкодавця, однак інтерес останнього не включається у договір, знаходиться поза його межами і тому не охороняється законом.

Відсутність у ЦК України визначень понять "оплатний договір" та "безоплатний договір" не дозволяє правильно кваліфікувати договірні відносини як платні чи безплатні. Тому, пропонується доповнити ч. 5 ст. 626 ЦК України положенням про те, що *оплатним є договір, за яким кредитор має право на отримання майнового чи немайнового зустрічного задоволення свого інтересу від боржника, тоді як за безоплатним договором кредитор не отримує від боржника майнового чи немайнового зустрічного задоволення свого інтересу, причому наявність майнового чи немайнового інтересу у кредитора за безоплатним договором не впливає на його безоплатність.*

Відповідно до ч. 3 ст. 827 ЦК України до договору позички застосовуються положення глави 58 ЦК України про найм (оренду). Однак, не всі положення глави 58 ЦК України можуть бути використані для врегулювання відносин з безоплатного користування річчю за договором позички. На підставі здійсненого аналізу норм глави 58 ЦК України, які можуть застосовуватися до договору позички, пропонується ч. 3 ст. 827 ЦК України викласти у такій редакції: *"До договору позички застосовуються положення, передбачені частинами 1 та 3 ст. 760, ст. ст. 761, 763, 765, 767, 769, частиною 2 ст. 770, ст. ст. 771 – 776, 778 – 780, частиною 1 ст. 785, ст. ст. 786, 792 – 796, 798 – 805 цього Кодексу".*

Елементами договору позички, що дозволяють розглядати його як самостійний вид договору, є: предмет цього договору, який можуть складати лише речі, а не майно взагалі; неможливість витребування речі у позичкодавця; особливості суб'єктного складу (заборона підприємницьким юридичним особам передавати речі у безоплатне користування особі, яка є її засновником, учасником, керівником, членом її органу управління або контролю); підвищена відповідальність позичкоотримувача за схоронність речі; обмежений характер відповідальності позичкодавця за недоліки переданої у позичку речі; особливі підстави розірвання та припинення договору.

Мета укладання договору позички передбачає використання речі, що уявляється можливим лише у разі передачі речі у володіння позичкоотримувача. За консенсуальним договором позички позичкоотримувач до моменту передачі йому речі позбавлений можливості володіти та користуватися предметом цього договору. Отже, сторони договору позички більше зацікавлені у його реальній конструкції. Консенсуальна конструкція договору позички є можливою в теоретичному відношенні, однак в практичному – її використання не є доцільним. З огляду на зазначене, пропонується закріпити в ЦК України вказівку на те, що позичка є виключно реальним договором.

Запропоновано удосконалене визначення договору позички: *"За договором позички одна сторона (позичкодавець) передає іншій стороні (позичкоотримувачеві) річ у безоплатне тимчасове користування, а остання зобов'язується повернути ту ж саму річ у стані, в якому вона її отримала, з урахуванням нормального зношення чи у стані, указаному в договорі"*.

У **підрозділі 3.2. "Предмет та сторони договору позички"** характеризуються предмет та суб'єктний склад договору позички за сучасним цивільним законодавством України.

Предметом договору позички можуть бути лише індивідуально-визначені, незамінні та неспоживні речі. Грошові кошти, які є родовими (мають ознаки, властиві усім речам того ж роду, та вимірюються числом, вагою, мірою), споживними та замінними речами, не можуть складати предмет позички.

Обстоюється точка зору, відповідно до якої законодавчі обмеження щодо передачі певних об'єктів у найм (оренду) повною мірою застосовуються до безоплатного договору позички.

Учасниками договору позички можуть бути як фізичні, так і юридичні особи. При користуванні книгами з фондів бібліотек в Україні на стороні позичкоотримувача за договором позички можуть виступати не лише повнолітні особи, але і неповнолітні та малолітні особи (п. 2.1. Типових правил користування бібліотеками в Україні, затверджених наказом Мінікультури України від 05.05.1999 р.). На стороні позичкодавця може виступати особа, яка є власником речі чи яка спеціально уповноважена власником на укладання договору позички.

У **підрозділі 3.3. "Порядок укладання та зміст договору позички"** досліджуються загальні та спеціальні вимоги до укладання договору позички, визначаються істотні умови, вимоги до форми цього договору, а також характеризуються права та обов'язки його сторін.

До істотних умов договору позички слід відносити лише умову про його предмет.

Строк та безоплатність не є істотними умовами договору позички.

Вимоги до форми договору позички містяться у ст. 828 ЦК України. Крім того, при визначенні форми договору позички субсидіарно застосовуються положення ст. ст. 639 та 205 ЦК України, відповідно до яких сторони мають право обрати форму правочину (зокрема, договору), якщо інше не встановлено законом.

Обґрунтовується, що обов'язкову письмову форму договору позички доцільно використовувати лише у разі передачі у безоплатне користування нерухомих речей (ст. 181 ЦК України) та транспортних засобів (за умови, що хоча б однією стороною договору є фізична особа). З огляду на зазначене, ст. 828 ЦК України пропонується викласти у такій редакції: *"1. Договір позички між фізичними, юридичними особами, а також між юридичною та фізичною особою може укладатися в усній формі. 2. Договір позички будівлі, іншої капітальної споруди (їх окремих частин), крім договору позички житла, укладається у формі, яка визначена відповідно до статті 793 цього Кодексу. Договір позички житла укладається у письмовій формі. 3. Договір позички транспортного засобу, в якому хоча б однією стороною є фізична особа, укладається у письмовій формі і підлягає нотаріальному посвідченню".*

Зміст договору як правовідношення складають права та обов'язки його сторін. На позичкодавця покладаються обов'язки, передбачені нормами глави 58 ЦК України "Найм (оренда)": передати позичкоотримувачеві річ у комплекті та у стані, що відповідають умовам договору позички та її призначенню (ч. 1 ст. 767 ЦК України); передати річ у користування негайно або у строк, встановлений договором позички (ст. 765 ЦК України); попередити позичкоотримувача про особливі властивості та недоліки речі, які йому відомі і які можуть бути небезпечними для життя, здоров'я, майна позичкоотримувача або інших осіб або призвести до пошкодження самої речі під час користування нею (ч. 2 ст. 767 ЦК України) тощо.

Позичкодавець має за договором позички також і права на: відчуження речі, яка передана ним у користування (ст. 832 ЦК України), безперешкодний контроль за використанням речі позичкоотримувачем тощо.

До кола обов'язків позичкоотримувача відповідно до ст. 833 ЦК України входить: підтримувати належний стан речі, забезпечувати належне зберігання речі, переданої йому у позичку, користуватися річчю за її призначенням або відповідно до мети, визначеної у договорі, користуватися річчю особисто, якщо інше не встановлено договором, тощо.

ЦК України не забороняє притримувати річ у випадку невиконання позичкодавцем зобов'язання з відшкодування збитків, завданих позичкоотримувачеві у зв'язку з користуванням річчю, переданою у позичку. Однак, до договору позички, з огляду на його безоплатний та довірчий характер, не повинні застосовуватися примусові заходи, у тому числі, і притримання, тому в ЦК України слід встановити заборону притримання речі, переданої у позичку.

У **підрозділі 3.4. "Зміна та припинення договору позички"** розглядаються загальні та спеціальні підстави зміни, розірвання та припинення договору позички. При цьому проводиться розмежування понять "припинення зобов'язань", "зміна договору", "припинення договору", "розірвання договору", "одностороння відмова від договору",

легальні визначення яких у ЦК України відсутні.

Відповідно до ст. 651 ЦК України зміна або розірвання договору допускається лише за згодою сторін, якщо інше не встановлено договором або законом. Зміна або розірвання договору змінює або припиняє зобов'язання з моменту досягнення домовленості про зміну або розірвання договору, якщо інше не встановлено договором чи не обумовлено характером його зміни. Якщо договір змінюється або розривається у судовому порядку, зобов'язання змінюється або припиняється з моменту набрання рішенням суду про зміну або розірвання договору законної сили (ч. 3 ст. 653 ЦК України).

Договір позички може бути припинений із суб'єктивних (розірвання договору) та об'єктивних підстав. Цей договір припиняється із суб'єктивних підстав: у разі відмови однією із сторін від договору (абз. 2 ч. 2 ст. 763 ЦК України, ч. 1 ст. 834 ЦК України); на вимогу однієї із сторін через суд (ст. 830 ЦК України, ч. 2 та 3 ст. 834 ЦК України); за домовленістю сторін про розірвання договору (ч. 1 ст. 604, ч. 1 ст. 651 ЦК України).

Можливість відмови від договору позички, укладеного на невизначений строк, надається сторонам незалежно від наявності факту порушення договору однією із сторін (абз. 2 ч. 2 ст. 763 ЦК України). Із цих міркувань зазначається про неузгодженість загальної норми ст. 615 ЦК України та наведеної спеціальної норми щодо відмови від договору позички, оскільки одностороння відмова від договору за змістом ст. 615 ЦК України завжди є наслідком порушення зобов'язання однією із сторін. У зв'язку з цим, пропонується викласти ч. 1 ст. 615 ЦК України у такій редакції: *"1. Право на відмову від зобов'язання встановлюється договором чи законом".*

Відповідно до ч. 1 ст. 834 ЦК України позичкоотримувач має право повернути річ, передану йому у користування, у будь-який час до спливу строку договору. ЦК України встановлює, що позичкодавець не може відмовитися від договору до спливу його строку, а може вимагати його дострокового розірвання у випадках, передбачених ч. 2 ст. 834 ЦК України (коли у зв'язку з непередбаченими обставинами річ стала потрібною йому самому, коли користування річчю не відповідає її призначенню та умовам договору, коли річ самочинно передана у користування іншій особі, коли в результаті недбалого поводження з річчю її могло бути знищено або пошкоджено).

Договором позички можуть бути встановлені й інші підстави його дострокового розірвання на вимогу як позичкоотримувача, так і позичкодавця. Одночасно сторони можуть прямо виключити при укладанні договору будь-яку із законних підстав його дострокового розірвання, оскільки останнє є їхнім правом, а не обов'язком.

Характеризуються об'єктивні підстави припинення договору позички, встановлені ст. 835 ЦК України. Так, договір позички припиняється у разі смерті фізичної особи або ліквідації юридичної особи, якій річ було передано у безоплатне користування, якщо інше не встановлено договором. Однак, зазначення у ст. 835 ЦК України про припинення договору позички у разі ліквідації юридичної особи є зайвим, оскільки законодавчо закріплено, що ліквідація юридичної особи припиняє зобов'язання, крім випадків, коли законом або іншими нормативно-правовими актами виконання зобов'язання ліквідованої юридичної особи покладається на іншу

юридичну особу, зокрема за зобов'язаннями про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю (ст. 609 ЦК України). У зв'язку з цим, пропонується виключити із тексту ст. 835 ЦК України слова *"або ліквідації юридичної особи, якій річ було передано в користування"*.

Пропонується змінити назву ст. 832 ЦК України "Право позичкодавця на відчуження речі" на назву *"Зміни у суб'єктному складі договору позички"* та доповнити цю статтю частиною 3 такого змісту: *"3. У разі смерті фізичної особи – позичкодавця чи припинення юридичної особи (позичкодавця або позичкоотримувача) шляхом злиття, приєднання, поділу чи перетворення їх права та обов'язки переходять до спадкоємця фізичної особи чи правонаступника юридичної особи або до іншої особи, до якої перейшло право власності чи інше речове право на річ, якщо інше не встановлено договором"*.

Запропоновано нові підходи до визначення випадків переходу до позичкоотримувача ризику випадкового знищення чи пошкодження речі. У зв'язку з цим, пропонується доповнити ст. 833 ЦК України частиною 3 такого змісту: *"Ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження речі несе позичкоотримувач у разі затримання ним повернення речі позичкодавцеві, використання її не відповідно до умов договору чи призначення, самочинної передачі у користування іншій особі. Позичкоотримувач також несе ризик випадкового знищення чи пошкодження речі, якщо він при загальній небезпеці для речі, отриманої у позичку, та для власної речі, врятував свою річ, а отриману у позичку річ було знищено чи пошкоджено"*.

ВИСНОВКИ

У **Висновках** зроблено теоретичні узагальнення і запропоновано нове вирішення наукової задачі, яка полягає у комплексному аналізові проблемних питань правового регулювання договору позички (commodatum) у римському приватному праві та цивільному законодавстві України, у визначенні особливостей рецепції римсько-правових ідей, підходів та рішень щодо цього договору в цивільному законодавстві України, а також у формулюванні пропозицій з метою вдосконалення правового регулювання договору позички за чинним ЦК України. Зокрема, найбільш важливими теоретичними висновками та практичними рекомендаціями є такі:

1. Договір позички (commodatum) виник у Стародавньому Римі наприкінці республіканського періоду (приблизно у I ст. до н.е.) у зв'язку з необхідністю оформлення відносин з безоплатної передачі речей (рухомих та нерухомих) у тимчасове користування та належав поряд із позикою (mutuum), зберіганням (depositum) та заставою (pignus) до категорії реальних договорів римського приватного права.

2. На підставі аналізу законодавств Франції, Німеччини та Англії щодо договору позички зроблено висновок про наявність прямої рецепції основних засад правового регулювання договору позички за римським приватним правом у кодифікаціях цивільного права таких країн, як Франція, Німеччина, з привнесенням нових характерних рис цього договору, обумовлених особливостями романської та германської родин права. Правове регулювання договору позички за англійським

правом істотно відрізняється від регулювання цього договору у Стародавньому Римі. У праві Англії рецепція положень римського права щодо договору позички відбулася в дуже обмеженому вигляді, а саме, було сприйнято лише деякі характерні риси договору позички (*commodatum*) за римським приватним правом: ознака безоплатності позички, правило про розподіл витрат на утримання речі між позичкоотримувачем та позичкодавцем, підстави розірвання цього договору.

3. За договором позички одна сторона (позичкодавець) передає іншій стороні (позичкоотримувачеві) річ у безоплатне тимчасове користування, а остання зобов'язується повернути ту ж саму річ у стані, в якому вона її отримала, з урахуванням нормального зношення чи у стані, указаному в договорі.

4. Характерними ознаками договору позички, які дозволяють виокремлювати його у самостійний договірний тип, є фактор безоплатності та ознака спрямованості цього договору на передачу в користування таких об'єктів цивільних прав, як речі, а не майно взагалі.

5. Істотною умовою договору позички є умова про його предмет. Строк та безоплатність не є істотними умовами цього договору.

6. Римське приватне право помітно вплинуло як на формування концепції договору позички за законодавством Російської імперії та УРСР, так і на норми, що регулюють договір позички за сучасним цивільним законодавством України. В ЦК України рецепція римсько-правових рішень щодо договору позички відбувалась як безпосередньо, так і опосередковано – через цивільні законодавства Франції та Німеччини.

7. Безпосередньо з римського права ЦК України була сприйнята концепція договору позички, відповідно до якої цей договір визнається самостійним договірним видом, а не підвидом договору позики чи найму (оренди). За договором позички не відбувається переходу права власності на річ до позичкоотримувача. Предметом цього договору може бути лише індивідуально-визначена річ. Крім того, як і у римському приватному праві, ризик випадкового пошкодження чи загибелі речі, за загальним правилом, покладається на позичкодавця. Звичайні витрати на утримання речі, переданої у позичку, несе позичкоотримувач, а надзвичайні – позичкодавець.

8. Перехід ризику знищення або випадкового пошкодження речі на позичкоотримувача, який затримав повернення речі позичкодавцеві, свідчить про сприйняття цивільним законодавством України ідеї римської юриспруденції з цього питання через французьке цивільне законодавство (ст. 1881 Французького цивільного кодексу). Крім того, через законодавство Франції було рециповане положення римського права про обов'язок позичкодавця відшкодувати збитки, завдані у зв'язку із користуванням річчю, якщо це сталося внаслідок особливих властивостей або недоліків речі, про наявність яких позичкоотримувач не був попереджений позичкодавцем і про які він не знав і не міг знати (ст. 1891 ФЦК, ч. 2 ст. 780 ЦК України).

9. Положення римського приватного права, які визначають статус позичкоотримувача, були сприйняті цивільним правом України у німецькій інтерпретації. Відповідно до ч. 1 параграфу 868 НЦК та ч. 1 ст. 397 ЦК України позичкоотримувач визнається титульним володільцем речі, переданої у позичку.

Аналіз з точки зору рецепції римського приватного права норм ЦК України, які визначають підстави дострокового розірвання договору позички, свідчить про вплив на них відповідних норм Німецького цивільного кодексу, в якому схожим чином формулюються випадки розірвання договору позички (параграф 605 НЦК та ст. 834 ЦК України). Положення римського приватного права, які регулюють порядок визначення строку договору позички були також рециповані через німецьке законодавство (п. 1 параграфу 604 НЦК та ст. 831 ЦК України).

10. У підходах до правового регулювання договору позички у римському приватному праві та сучасному цивільному законодавстві України існують також і певні відмінності. Так, у римському праві договір позички укладався за реальною моделлю, тоді як у цивільному законодавстві України договір позички може бути консенсуальним, тобто може вважатися укладеним з моменту досягнення сторонами домовленості про його предмет. Римським правом встановлювалося, що право власності на плоди та прибутки від використання речі за договором позички належать комоданту, а відповідно до ст. 775 ЦК України, право власності на зазначені об'єкти належить позичкоотримувачеві. На відміну від римського права, яким передбачалася недійсність договору позички, укладеного за участю неповнолітнього, в цивільному праві України позичкоотримувачами у договорі безоплатного користування книгами із фондів бібліотек можуть бути не лише повнолітні особи, але і неповнолітні та малолітні особи.

Пропозиції щодо вдосконалення правового регулювання договору позички узагальнено в **Додатку А** до дисертації.

СПИСОК ОПУБЛІКОВАНИХ АВТОРОМ ПРАЦЬ ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ:

1. Гончаренко В.О. Система договорів римського права та деякі питання її рецепції в сучасному цивільному законодавстві України // Університетські наукові записки: Наук. часопис Хмельницького ун-ту управління та права. – 2005. – № 3 (15) – С. 121 – 125.

2. Гончаренко В.О. Рецепція римського приватного права як основа розвитку сучасного цивільного законодавства України // Держава і право: Зб. наук. праць. – Юридичні і політичні науки. – Спецвип. – Т. 1. – Київ: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2005. – С. 351 – 356.

3. Гончаренко В.О. Вплив безоплатності на побудову договірних конструкцій (на прикладі договору позички) // Митна справа. – 2005. – № 6. – С. 71 – 75.

4. Гончаренко В.О. До питання розмежування договорів найму (оренди) та позички за Цивільним кодексом України // Вісник Одеського інституту внутрішніх справ. – 2005. – № 3. – С. 38 – 40.

5. Гончаренко В.О. Договір позички житла // Другі юридичні читання: Зб. матер. Всеукр. наук. конференції. – 18 трав. 2005. – К.: НПУ ім. М.П. Драгоманова, 2005. – С. 323 – 325.

6. Гончаренко В.О. Правове, фінансове та матеріальне забезпечення діяльності "юридичних клінік" України // Проблеми правового та методичного

забезпечення діяльності "юридичних клінік" України: Зб. наук. праць. – Дніпропетровськ, 2005. – С. 20 – 25.

7. Гончаренко В.О. До питання визначення предмета договору позики // Суспільство. Держава. Право. Цивільне право. – 2005 – № 5. – С. 39 – 42.

8. Цивільне право України (в запитаннях та відповідях): Навч. посібник. – 3-є вид., перероб. та доп. / За ред. Є.О. Харитонова, А.І. Дрішлюка, О.М. Калітенко. – Х.: ТОВ "Одіссей", 2005. – 576 с.

АНОТАЦІЯ

Гончаренко В.О. Договір позики за римським приватним правом та його рецепція у сучасному цивільному законодавстві України. – Рукопис.

Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право. – Одеська національна юридична академія, Одеса, 2005.

Дисертація присвячена комплексному дослідженню проблем рецепції положень про договір позики за римським приватним правом сучасним цивільним законодавством України. Проаналізовано формування та характерні риси договору позики (*commodatum*) за римським приватним правом та визначені особливості сприйняття положень римського права щодо договору позики західноєвропейськими системами приватного права.

Охарактеризовано регулювання відносин з безоплатної передачі речей у користування за договором позики у сучасному цивільному законодавстві України та встановлено наявність рецепції у ньому положень римського приватного права щодо цього договору. Обґрунтовано висновок про те, що рецепція римського права щодо договору позики у цивільному законодавстві України відбувалася як безпосередньо, так і опосередковано через законодавства західноєвропейських країн (Французький та Німецький цивільні кодекси).

Сформульовано пропозиції щодо удосконалення низки норм ЦК України, які регулюють договір позики.

Ключові слова: римське приватне право, цивільне законодавство України, договір позики (*commodatum*), безоплатний договір, рецепція римського приватного права.

АННОТАЦИЯ

Гончаренко В.А. Договор ссуды в римском частном праве и его рецепция в современном гражданском законодательстве Украины. – Рукопись.

Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук по специальности 12.00.03 – гражданское право и гражданский процесс; семейное право; международное частное право. – Одесская национальная юридическая академия, Одесса, 2005.

Диссертация посвящена анализу проблемы рецепции римско-правового договора ссуды в современном гражданском законодательстве Украины.

В диссертации проанализированы характерные признаки договора ссуды (*commodatum*) в римском частном праве. Сделан вывод о том, что реальный договор

ссуды (commodatum) в римском частном праве возник во времена поздней Республики (приблизительно в конце I в. до н.э.). Сущность данного договора по римскому праву состояла в том, что одна сторона (комодант), передавала другой стороне (комодатария), право пользоваться вещью безвозмездно.

В диссертации осуществляется исследование вопросов рецепции норм римского частного права о договоре ссуды законодательствами западноевропейских стран (Франции, Германии и Англии). Сделан вывод о том, что нормы гражданского законодательства о договоре ссуды таких западноевропейских стран, как Франция и Германия, в значительной мере сформировались в результате прямой рецепции основных положений римского права об этом договоре. В праве Англии были восприняты концепция и только некоторые признаки договора ссуды по римскому праву.

Исследованы вопросы развития правового регулирования договора ссуды в контексте становления гражданского законодательства Украины, определены понятие, характерные признаки и содержание договора ссуды, место этого договора в системе договоров Гражданского кодекса Украины.

Характерными признаками договора ссуды, которые позволяют рассматривать его в качестве самостоятельного договорного типа, являются: фактор безвозмездности и признак направленности этого договора на передачу в пользование таких объектов гражданских прав, как вещи, а не имущество вообще.

Договор ссуды считается заключенным с момента согласования условия о его предмете. Срок и безвозмездность не являются существенными условиями этого договора.

Обоснована необходимость закрепления в Гражданском кодексе Украины понятий "возмездный договор" и "безвозмездный договор" и предлагаются их определения.

Аргументируется целесообразность закрепления в Гражданском кодексе Украины исключительно реальной модели договора ссуды, поскольку консенсуальная конструкция ссуды на практике не используется. Предлагается обязательную письменную форму договора ссуды применять лишь при передаче в безвозмездное пользование недвижимых вещей и транспортных средств (при условии, что хотя бы одной стороной договора является физическое лицо).

Определяются права и обязанности сторон договора ссуды, а также основания для изменения и прекращения исследуемого договора.

Устанавливается, что в гражданском законодательстве Украины рецепция римско-правовых норм, принципов и решений о договоре ссуды происходила как непосредственно, так и опосредованно – через законодательства западноевропейских стран (Франции и Германии).

Ключевые слова: римское частное право, гражданское законодательство Украины, договор ссуды (commodatum), безвозмездный договор, рецепция римского частного права.

SUMMARY

Goncharenko V.O. Reception of the roman contract of loan for use in modern Ukrainian civil legislation. – Manuscript.

The dissertation for obtaining the academic degree of the candidate of legal sciences on the specialty 12.00.03 – civil law and civil process; family law; international private law. – Odessa National Academy of Law, Odessa, 2005.

The dissertation is devoted to the problem of reception of the roman contract of loan for use (commodatum) in modern Ukrainian civil legislation.

The first section of dissertation is devoted to analysis of the literature on the theme of dissertation and choosing the methods of research. The concept of Roman law reception as the component of general process of previous civilizations achievement rebirth is formulated in this part of work. The brief analysis of Ukrainian law of obligations formation is given and the conclusion is made about taking place of derivative Roman private law reception in Ukraine. The tendencies of formation of contract law concept on modern stage are marked.

The second section of dissertation is devoted to a research of genesis, system, characteristic features and principles of Roman law of obligations. The qualifying signs of contracts of loan for use (commodatum) in Roman law and the main features of legal regulation of the contract of loan for use in foreign countries are also analyzed.

In the third section of dissertation the essence and singularity of legal regulation of the contract of loan for use in modern Ukrainian civil law are examined. A detailed analysis of the influence of Roman law on the legal regulation of contract of loan for use has been presented.

The conclusions about necessity of improvement of the rules that regulate the contract of loan for use in Civil Code of Ukraine and appropriate propositions are made.

Key words: Roman Private Law, Civil Legislation of Ukraine, contract of loan for use (commodatum), gratuitous contract, reception of the Roman law.